

Colección Gregorio Peces-Barba, n.º 1

PERSPECTIVAS ACTUALES DE LAS FUENTES DEL DERECHO

Coordinadores
María del Carmen Barranco Avilés
Óscar Celador Angón
Félix Vacas Fernández



DPTO. DE DERECHO INTERNACIONAL,
ECLESIAÍSTICO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Dykinson, S.L.

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Copyright by
Los autores
Madrid, 2011

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Tels.: (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>
Consejo editorial: véase www.dykinson.com/quienessomos

ISBN: 978-84-9982-191-7
Depósito legal: M. 14.647-2011

Preimpresión e Impresión:
SAFEKAT, S. L.
Belmonte de Tajo, 55 - 3.º A - 28019 Madrid
www.safekat.com

ÍNDICE

PERSPECTIVAS ACTUALES DE LAS FUENTES DEL DERECHO

(Resultado del I Seminario Internacional Permanente del Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho)

PRESENTACIÓN , Rafael DE ASÍS ROIG, Director del Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho	9
---	---

PRIMERA PARTE: PONENCIAS DE EXPERTOS

1. Fuentes del Derecho y sociedad civil: la sociedad civil en la creación normativa	13
LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio, <i>Fuentes del Derecho y comunidad civil</i>	15
PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, <i>Las fuentes del derecho y su problemática actual</i>	39
ABAD CASTELOS, Montserrat, <i>Fuentes del Derecho y sociedad civil: la participación de ésta en la creación normativa, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico internacional</i>	69
2. La incidencia de la Unión Europea en el sistema interno de fuentes de los Estados miembros	93
CASTRO JOVER, Adoración, <i>La tutela de la libertad religiosa en la Unión Europea y su incidencia en el ordenamiento interno español</i>	95
MOREIRO GONZÁLEZ, Carlos, <i>Sistema normativo de la Unión Europea (naturaleza de las fuentes)</i>	121
GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana, <i>La incidencia de la Unión Europea en el sistema interno de fuentes de los Estados miembros</i>	131
3. Interculturalidad y fuentes del Derecho: concepciones de las fuentes del Derecho en las diferentes civilizaciones jurídicas...	153
LOSANO, Mario, <i>Las fuentes del Derecho Islámico</i>	155

MOTILLA DE LA CALLE, Agustín, <i>Multiculturalidad, Derecho islámico y ordenamiento secular; los supuestos de la poligamia y el repudio</i>	187
FERNÁNDEZ LIESA, Carlos, <i>Interculturalidad y fuentes del Derecho: algunas reflexiones desde el Derecho Internacional</i>	217

SEGUNDA PARTE: COMUNICACIONES

CAPODIFERRO CUBERO, Daniel, <i>La definitiva secularización de la legislación sobre la interrupción del embarazo en España</i>	241
DE SOUZA, Artur César, <i>Interculturalidade e Fontes do Direito - A ética da racionalidade do outro como princípio e critério objetivo na análise da interculturalidade e sua relação quanto à legitimação das fontes do direito</i>	253
GARCÍA SAEZ, Jose Antonio, <i>El papel de los nuevos movimientos sociales en la regulación jurídica de la globalización</i>	271
HERMIDA DEL LLANO, Cristina, <i>Relaciones entre ordenamientos jurídicos en el ámbito de la Unión Europea</i>	285
LA SPINA, Encarnación, <i>La incidencia «interesada» de la Directiva 2003/86/CE en la última reforma de la Ley de extranjería española</i>	305
LÓPEZ RUIZ, Francisco, <i>La lex mercatoria: una excepción a la legitimidad del orden jurídico-político moderno</i>	319
LLOREDO ALIX, Luis, <i>Un paralelismo entre las teorías de los principios y la jurisprudencia de conceptos: la ruptura del puente entre las fuentes del Derecho y la sociedad civil</i>	343
MURCIA GONZÁLEZ, Andrés, <i>La configuración de un derecho cultural sobre lo religioso como una propuesta para la plena integración de las personas de origen musulmán residentes en Europa</i>	359
PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, <i>Sobre algunas concepciones de la jurisprudencia en la cultura jurídica norteamericana</i>	375

SISTEMA NORMATIVO DE LA UE (naturaleza de las Fuentes)

Prof. Dr. CARLOS J. MOREIRO GONZÁLEZ.
Catedrático de Derecho Internacional Público
Cátedra Jean Monnet «*ad personam*» de Derecho de la UE
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO:—I. Consideraciones previas.—II. Naturaleza y función del Derecho Originario.—III. Naturaleza y función del Derecho Derivado.—IV. Regímenes normativos específicos.—V. Conclusiones

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El ordenamiento jurídico de la UE reviste los caracteres formales y materiales que permiten calificarlo como un *Sistema Jurídico*.

Siguiendo a R. AGO, la calificación de un ordenamiento como «jurídico» no depende del reconocimiento de éste mediante técnicas de asimilación con los sistemas jurídicos de los Estados, sino por la existencia de ciertos elementos objetivos en sus reglas, de forma que puedan incluirse en una de las categorías creadas por la Ciencia Jurídica¹.

Precisamente, el sistema jurídico de la UE, a pesar de su singularidad y de su especialidad —rasgos sobre los que volveré más adelante— es subsumible en la noción de sistema jurídico creada por HART², que distingue dos tipos de *Reglas*:

a) *PRIMARIAS*: que establecen los comportamientos (deberes) de los sujetos.

¹ «Science juridique et droit International», *RCADI*, 90, 1956, pp. 851 ss. en pp. 922-928.

² *El concepto de Derecho*, 2.ª ed., Buenos Aires, 1994, pp. 117 ss.

b) *SECUNDARIAS*: que se ocupan de establecer los criterios de validez y pertenencia al ordenamiento jurídico (Reglas de Reconocimiento); la forma de creación, supresión y modificación de las normas (Reglas de Cambio); y, la interpretación, aplicación y sanción por violación de las normas primarias (Reglas de Adjudicación).

La existencia de «Reglas Secundarias» es imprescindible para que un conjunto de «Reglas Primarias» sea un sistema, aunque el principal papel vertebrador lo asume la «Regla de Reconocimiento» ya que asegura la «unicidad y coherencia» del sistema, dado que especifica las «fuentes» del Derecho y establece los criterios generales de identificación de las reglas del sistema.

El ordenamiento de la UE —aún fundamentado en Tratados internacionales— es un ordenamiento autónomo «*self contained*» que cuenta con «Reglas Secundarias» propias, precisamente las que subrayan también su especificidad.

No obstante, se trata de un sistema jurídico «singular», entre otras razones porque, como consecuencia de una compleja evolución de los Tratados Originarios (CECA1952/ CEE, y, EA, 1957), desfallecen los caracteres de la unicidad (o unidad) y de la jerarquía normativa.

En este sentido, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa³ sólo ha paliado la falta de una proclamación expresa del Principio de Jerarquía normativa mediante indicaciones jurídicas implícitas (la diferenciación entre actos legislativos y el resto de los actos de Derecho Derivado, Artículos 294 y ss. del TFUE), y, no ha logrado reconducir hacia el Principio de Coherencia la dualidad internacional y supranacional que pervive plenamente en la PESC, Capítulo 2 del Título V del TUE, y, parcialmente en el régimen transitorio de algunos actos del ELSJ⁴, así como en el reconocimiento y la consolidación de estatutos diferenciados a diversos Estados miembros de la UE (lo cuál se traduce en la consagración permanente de un conjunto de obligaciones desiguales)⁵.

³ Firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, versiones consolidadas en DO C 83 de 30 de marzo de 2010.

⁴ Vid. El Título VII del protocolo n.º 36, sobre las disposiciones transitorias, anejo al TUE y al TFUE.

⁵ V. gr. los Protocolos n.º 15, n.º 16, n.º 17, n.º 20, n.º 21, n.º 22, y n.º 30, anejos al TUE y al TFUE.

II. NATURALEZA Y FUNCIÓN DEL DERECHO ORIGINARIO

Volviendo al modelo de HART, es posible identificar su estructura conceptual en los elementos vertebradores del sistema jurídico de la UE.

Los Tratados Constitutivos y modificativos forman parte, junto con las Actas de Adhesión y cierto acervo al que luego me referiré, del denominado Derecho Originario o Primario.

En cuanto normas constitutivas establecen la pluralidad y diversificación de las obligaciones, función propia de las Reglas Primarias, que fijan, principalmente, los comportamientos de los Estados miembros, las Instituciones, Órganos y Agencias de la UE, y más excepcionalmente de los particulares (las empresas y Asociaciones de Empresas, o muy singularmente las personas físicas, como, por ejemplo, los Artículos 101 y 102 del TFUE).

Conviene subrayar no obstante que la pluralidad de Fundamentos Constitutivos —TUE, TFUE, TEA, etc.— junto con los múltiples Protocolos y Declaraciones anejas, tienen como consecuencia la fragmentación de la «unidad» o el «carácter uniforme» de las obligaciones. Situación en la que abunda el carácter «sui géneris» de la PESCE.

En todo caso, al analizar el Derecho Originario como elemento de regulación de conductas sobresalen, por su exhaustividad y su rigor técnico, ciertas regulaciones sobre las libertades económicas fundamentales, las reglas de competencia y las políticas comunes (como, por ejemplo, la mayoría de las disposiciones de la Tercera Parte del TFUE que regulan las Políticas y Acciones Internas de la Unión).

Es este un rasgo señero del ordenamiento de la Unión, heredado del Derecho Comunitario Europeo, que concibe la regulación de los comportamientos públicos y privados con un carácter funcional: reducir los riesgos e incertidumbres de las transacciones económicas en el seno del mercado interior y contribuir a la estabilidad de los ámbitos económicos integrados o en vías de integración⁶.

Este «carácter instrumental» del Derecho de la UE trae causa en una «lógica constitucional propia», que rige la integración económi-

⁶ OPHÜLS, C. P.: «Die EGVals Planungsverfassungen», en VVAA: Planung I (Recht. Und Politik der Planung in Wirtschaft und Gesellschaft), Baden-Baden, 1965, pp. 229 ss., espec. pp. 232-233.

ca de los Estados miembros siguiendo un esquema planificador propio del tardocapitalismo. Consiguientemente, los Tratados establecen obligaciones de transferencia de determinadas competencias a las instituciones de la UE y prohíben utilizar medios internos que distorsionen la integración, reduciendo a su mínima expresión las cláusulas de escapatoria y las cláusulas de salvaguardia⁷.

Dejando a un lado el extinto régimen del Tratado CECA —que fijaba al detalle las conductas de los agentes implicados en la Zona de Libre Cambio en cuestión— el Tratado CEE, primero, y hoy el TFUE se limitan a mantener un marco conductual genérico que alcanza sus mayores cotas de imperatividad y exhaustividad mediante la implementación de las normas vinculantes del denominado Derecho Derivado y de la jurisprudencia del TJUE y del TG. En este sentido, estas normas de Derecho Derivado participan de muchos caracteres «legislativos» del Derecho interno, que facilitan su coactividad por la indiscutible exigibilidad de las obligaciones que imponen a sus destinatarios. Volveré sobre esta cuestión más adelante.

Similarmente, los Principios del Derecho de la UE siguen una lógica funcional que se traduce, ya sea en su función «constitucional» dentro del sistema (P.º de atribución, P.º de subsidiariedad, P.º de proporcionalidad, P.º de no discriminación, ínsitos a los Tratados constitutivos)⁸, ya sea, en su carácter de principios generales del Derecho de la UE que ofrecen los parámetros o pautas de racionalidad necesarios para una adecuada calificación de la validez de las normas de Derecho Derivado o de los Acuerdos Internacionales, cuya legalidad haya sido impugnada en el marco de un procedimiento jurisdiccional ante el TJUE o el TG, o dentro del expediente de cooperación relativo a la cuestión prejudicial en validez (letra b) del artículo 267 TFUE.

A su vez, las normas que configuran este Derecho Originario o Primario están revestidas de caracteres propios de las «Reglas Secundarias», dado que de ellas se infieren totalmente los criterios para establecer las «Reglas de Reconocimiento» y las «Reglas de Cambio», y, principalmente, los criterios para formular las «Reglas de adjudicación».

⁷ MOREIRO GONZÁLEZ, C. J.: *Organización del Mercado e Integración Europea*, Madrid, 1998, espec. pp. 80-82.

⁸ V- gr. Artículo 5 TUE, Artículo 2 TFUE, Artículo 7 TFUE, Protocolo n.º 2, anejo al TUE, y al TFUE, etc.

Así, por ejemplo, son las normas supremas del ordenamiento de la UE, supremacía que se traduce, por una parte, en la determinación del fundamento, alcance y límite del denominado Derecho Institucional o Derivado (incluidos los Acuerdos Internacionales celebrados por la UE con terceros Estados y Organizaciones Internacionales). Por otra parte, dada la falta de una norma de estructuración general del sistema de producción de normas —que supone la indeterminación del principio de jerarquía normativa— la identificación de los criterios «estructurales» tiene lugar infiriéndolos de previsiones y procedimientos establecidos en el Derecho Originario, tales como, los procedimientos jurisdiccionales de adecuación y validez; la previsión genérica del artículo 5 UE y del artículo 2 TFUE que sujeta el ejercicio de las competencias a «las condiciones y fines previstos en las normas constitutivas»; y, la remisión del artículo 6.1 UE sobre el rango jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE que gozará «del mismo valor que los Tratados».

Junto con los citados elementos de «normatividad esencial» relativos a las «reglas de reconocimiento», contiene también muchos de los relativos a las «Reglas de cambio», ya que establecen los principios, determinan los poderes atribuidos, los procedimientos nomogénéticos, etc.⁹.

Ciertamente, es también el Derecho Originario el máximo (aunque no el único) exponente de la función de «adjudicación» en el Derecho de la UE, dado que establece reglas para que discurra la interpretación, aplicación y sanción por la violación de las normas primarias¹⁰.

Si bien, el Derecho Derivado y la Jurisprudencia del TJ completan y amplían la base referencial para identificar las «Reglas de adjudicación».

III. NATURALEZA Y FUNCIÓN DEL DERECHO DERIVADO

En lo concerniente al Derecho Derivado, es decir, el que se adopta por las Instituciones de la UE con base en las competencias atribuidas a éstas por los Tratados y de conformidad con los procedimientos establecidos en los mismos, cabe subrayar por su relevancia

⁹ V. gr. Artículos 218 y 294 TFUE.

¹⁰ V. gr. Artículos 258, 259 y 260 TFUE.

el conjunto de instrumentos previstos en el artículo 288 TFUE (Reglamentos, Directivas, Decisiones, Recomendaciones y Dictámenes), así como los Acuerdos Internacionales celebrados por la UE con terceros Estados y OI.

Asimismo, merecen una consideración específica los actos de la PESC y los actos de la CPJP, mientras estén vigentes, y, en todo caso durante el periodo transitorio de cinco años que fija el Tratado de Lisboa.

De todos ellos cabe afirmar que cumplen funciones de adjudicación, ya que su existencia es esencial para aplicar y sancionar, en su caso, las violaciones de las obligaciones establecidas en las normas primarias.

La primera consideración sobre el alcance y naturaleza de los actos previstos en el artículo 288 TFUE es que, con el régimen del Tratado de Lisboa, los actos de carácter vinculante, Reglamentos, Directivas y Decisiones, se consideran como «legislativos», lo cuál esclarece el confuso panorama de la jerarquía normativa al menos con relación a los actos no legislativos, ya sean éstos, actos delegados (art. 290 TFUE), o actos de ejecución (art. 291 TFUE).

No obstante, queda excluida tal relación de jerarquía con relación a los actos de la PESC (Posiciones Comunes, Acciones Comunes), los actos de la CPJP mientras dure su vigencia (Posiciones Comunes, y Decisiones marco y Decisiones), así como con los Acuerdos PESC (artículo 37 UE), los Convenios Complementarios y Acuerdos de la CPJP en vigor, y, los Acuerdos Internacionales celebrados por la UE que, una vez en vigor, priman sobre los actos legislativos y se integran plenamente en el sistema jurídico de la UE (artículo 216 TFUE)¹¹.

Similarmente, no es posible invocar el principio de jerarquía con relación a los actos no vinculantes del artículo 288 TFUE (Recomendaciones y Dictámenes) que, aún privados de sanción directa, producen relevantes efectos de carácter indirecto a efectos de la interpretación de las normas internas y de la Unión por los Jueces nacionales¹², o para ajustar adecuadamente las obligaciones de los Estados miem-

¹¹ KAPTEYN, P. J. G., et. al. (eds.): *The Law of the EU and the EC; with Reference to Changes to Be Made by the Lisbon Treaty*, La Haya, 2008.

¹² St. del TJUE (Sala Segunda) de 13 de diciembre de 1989, as. 322/88, Grimaldi, Rec. p. 04407.

bros a la luz del Derecho de la UE. Obviamente, se trata también de reglas de adjudicación.

Más enrevesada resulta la cuestión de la jerarquía normativa al referirse al Derecho Internacional General, y, a los actos «sui géneris» tales como las Decisiones de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros reunidos en el seno del Consejo de Ministros, ya que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en nada altera el vigente «statu quo».

En efecto, dada la inexistencia de una cláusula de recepción del Derecho Internacional General, la genérica afirmación del último inciso del apartado quinto del artículo 3 del TUE, según la cuál «en sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá el estricto respeto y el desarrollo del Derecho Internacional, y, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas», apenas alterará la posición contradictoria y ambigua del Tribunal de Justicia de la UE en su reciente jurisprudencia (Sentencia de 3/9/2008, as. C-402/05 y C-415/05, KADI), establece que «las obligaciones impuestas por un acuerdo internacional (la Carta) no pueden tener por efecto menoscabar los principios constitucionales del TCE (ahora TFUE)¹³.

Ciertamente, esta jurisprudencia no prejuzga la incorporación del Derecho Internacional en forma de Principios Generales que es práctica consolidada en la hermenéutica del Tribunal¹⁴.

En el caso de las obligaciones derivadas de los Acuerdos celebrados por los Estados miembros con terceros Estados u OI antes de su pertenencia a la UE, rige una lógica funcional, según la cuál, mientras éstos no los denuncien o adecuen sus contenidos (artículo 351 TFUE), los Acuerdos que no inciden en las competencias de la UE rigen plenamente, mientras que, los que incidan en dicho ámbito no prejuzgan la competencia de la UE para sustituir al Estado miembro en cada situación específica o desarrollar con plenitud las competencias normativas que fueran necesarias.

¹³ Vid. De Burca, G.: «The EU, the ECJ and the international legal order after Kadi», *Harvard Int. L. J.*, 1, 51, 2009.

¹⁴ En realidad, el Tratado de Lisboa no difiere en este punto del Tratado Constitucional Europeo; consiguientemente, procede realizar las mismas consideraciones que hicimos en su día en, MOREIRO GONZÁLEZ, C. J.: «The International Element within the European Constitutional Treaty», *VVAA: The Fundamental Principles of the European Constitution*, Berlín-Bruselas-Ginebra-París, 2006, pp. 91 ss.

Por otro lado, las mencionadas Decisiones de los Gobiernos de los Estados miembros, ocupan un ámbito material delimitado por el propio acto de que se trate. Dada su naturaleza «*sui generis*», a pesar de su marcado carácter internacional, se alinean con el Derecho Originario, a efectos de determinar su jerarquía, lo que, entre otras consecuencias jurídicas conlleva la necesidad de clasificarlas dentro del «Acervo» que los Estados candidatos deben incorporar mediante los instrumentos de Adhesión a la UE.

IV. RÉGIMENES NORMATIVOS ESPECÍFICOS

Finalmente, quisiera hacer una referencia al régimen jurídico de los actos de la CPJP y de la PESCE tras el Tratado de Lisboa.

Con relación a los actos de la CPJP, aunque el artículo 4.1.j) TFUE atribuye con carácter compartido a la Unión las competencias en este ámbito, y, consiguientemente consagra «*ipso iure*» su supranacionalización, (incluidas la adopción de actos legislativos y el control jurisdiccional por el TJ), sin embargo, las tensiones intergubernamentales y la pervivencia de situaciones jurídicas diferenciadas entre los Estados miembros han dejado sentir aquí su peso.

Además de la vigencia durante un periodo transitorio de los actos adoptados antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, cuyo perfil es nítidamente intergubernamental, eludiendo, entre otros, la aplicación de los principios de efecto directo y aplicación uniforme, varios Estados miembros, Irlanda, Reino Unido y Dinamarca, gozarán de un estatuto jurídico diferenciado según lo previsto, respectivamente, en los Protocolos 19, 20, 21, y, 22, antes citados.

Esta compleja situación les facultará, dependiendo de los casos, bien a excluir en su totalidad la aplicación de normas, a incorporarlas a sus ordenamientos internos una vez adoptadas en función del interés nacional, o a recurrir a métodos de incorporación «*ad hoc*», excluyéndose de antemano y salvo decisión expresa en contrario el control jurisdiccional del TJ y del TG.

No salen mejor parados el acervo normativo y los mecanismos monogenéticos de la PESCE.

El Tratado de Lisboa sólo opera aquí como un Acta notarial que atestigua el control absoluto de la definición de dichos actos por los

gobiernos de los Estados miembros. Un mero soporte formal que no impugna su carácter político y funcional, excluyéndolos del régimen legislativo supranacional, y cuya adopción e implementación se apoya en la técnica internacional del «libre consentimiento estatal».

La presencia de Instituciones y órganos de la Unión en los procedimientos nomogénicos de la PESC, ya sea el Consejo Europeo, el Consejo o la Alta Representante es un trasiego instrumental que en nada afecta a su naturaleza.

Sólo cuando converjan el consenso intergubernamental y el interés estratégico general será posible impulsar, canalizar y adoptar dichos actos, cuya implementación dependerá de la voluntad soberana de los Estados miembros, a duras penas condicionada por el carácter imperativo de las obligaciones derivadas del artículo 24.3 UE.

Este artículo prevé «*inter alia*», que aquéllos apoyen activamente y sin reservas a la PESC, que guarden los principios de lealtad y solidaridad mutua y que se abstengan de acciones individuales contrarias al interés de la Unión.

IV. CONCLUSIONES

La marcada especificidad del Derecho de la Unión Europea, inicialmente justificada por el carácter funcionalista del proceso de integración comunitario (económico y político), cobra mayor proyección con la consolidación en el Tratado de Lisboa de dos fenómenos encastrados en la revisión del Derecho Originario desde el Acta Única Europea y el Tratado de Maastricht: la integración diferenciada y la aplicación a ciertos ámbitos de acción de la UE de las fórmulas de cooperación intergubernamental.

Todo ello distorsiona la percepción del sistema jurídico resultante desde los prismas acuñados por la Teoría del Derecho, y desde los esquemas y paradigmas del Estado Democrático de Derecho.

Este panorama, queda algo más esclarecido por la necesaria adecuación del conjunto de los actos y principios jurídicos de la UE a los mecanismos internacionales de reconocimiento y salvaguardia de los Derechos Fundamentales, y, muy especialmente, al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Artículo 6 del TUE).